

Parecer: Contrato de financiamento. BNDES. Denúnciação à lide. Justiça Federal. Revisão judicial do contrato. Teoria da imprevisão. Limites. Doutrina e jurisprudência. Princípio da legalidade.(1)

Autor: Carlos Thompson Flores(2)

Ministro aposentado e ex-Presidente do STF

publicado em 30.08.2011

 [enviar este artigo]  [imprimir]

Ilustres Procuradores Judiciais do Banco de Desenvolvimento do Estado do Rio Grande do Sul (Badesul) solicitaram-me o exame da possibilidade de emitir parecer jurídico a respeito de consulta que formularam, nos termos seguintes:

“A consulta seria dividida em três partes:

- a) da denúnciação da lide do BNDES e/ou Finame;
- b) da correção monetária cobrada integral ou *pro rata tempore*; e
- c) do cabimento do recurso extraordinário, peças da respectiva petição, arguição de relevância de questão federal ou outro requisito do Regimento Interno, e da possibilidade de provimento.

No caso da alínea *a*, da denúnciação da lide do BNDES:

As empresas têm ajuizado ação contra o Badesul, pleiteando cobrança de correção monetária proporcional ao tempo de utilização do dinheiro a elas liberado, por força de financiamentos contraídos junto ao Banco. Este, por sua vez, atendendo ordem do BNDES e/ou Finame, já que agente financeiro dos mesmos, aplicou correção integral, atendendo, ainda, legislação a respeito.

Os juízes têm aceitado a denúnciação. Quando o feito é deslocado para a Justiça Federal, a denúnciação é indeferida sob o argumento de que a mesma não tem o condão de prorrogar a competência, já que presentes BNDES (ente federal), Badesul e Autor (entes estaduais).

Em outros casos, a denúnciação foi indeferida na Justiça Estadual e o feito foi julgado com procedência para as empresas, qual seja, correção *pro rata*. Ainda no âmbito da Justiça Estadual, foram interpostos agravos de instrumento, com provimento, no sentido de deferir a denúnciação da lide, negada na primeira instância.

Pergunta-se: cabe a denúnciação da lide?

Qual o efeito da mesma, com o deslocamento para a Justiça Federal?

Com o indeferimento na Justiça Federal, ainda em primeiro grau, qual a base legal e doutrinária? Quais as consequências do retorno à Justiça Estadual, já que o feito havia sido deslocado para outra Justiça?

Conflito de jurisdição?

No caso do Tribunal de Justiça ter determinado a denúnciação da lide, acolhendo agravo do Badesul, como fica a lide, na Justiça Federal, já que o processo será para lá deslocado e, de antemão, já se conhece a posição dos juízes federais sobre a não possibilidade da denúnciação? Conflito de

jurisdição?

No segundo caso, a correção deve ser cobrada integral ou proporcional? A maioria dos juizes e desembargadores, no País, tem entendido que deve ser proporcional. Qual a exata interpretação da legislação pertinente ao assunto?

No terceiro caso, especificamente na ação anexa, com vistas a outras, análogas, cabe o recurso extraordinário? Possibilidades de sucesso? Principais argumentos do mesmo?"

2. Encaminharam, para tanto, os nobres causídicos, alentado *dossier* com peças extraídas dos autos das ações promovidas por J.R.L.P. e outros contra o Banco, nas quais foram os autores vencedores em ambas as instâncias.

3. Examinei, detidamente, dito material ilustrativo, ante os termos da consulta; e, do estudo que fui levado a proceder, dispus-me em atender a postulação. É o que, a seguir, passo a fazer.

I Os fatos

No que interessa, os fatos podem assim ser sumariados.

Por escritura pública de abertura de crédito com garantia hipotecária, lavrada perante o 1º Tabelionato desta Capital, em 03.12.86, entre partes J.R.L.P. e outros e o Badesul, por este foi deferido àqueles o crédito no valor de Cz\$ 989.520,00, com recursos a serem repassados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no âmbito do "Programa de Operações Conjuntas – POC", e distribuídos em parcelas, com importâncias correspondentes a OTN, as quais, segundo detalhadas cláusulas, seriam pagas em prestações mensais e consecutivas, a partir de 10.01.88 até 10.12.89, com juros, reajustamentos e taxas, tudo em conformidade com expressas disposições do referido contrato.

2. Sucedeu que, procedido o reajustamento das parcelas devidas, cujos valores originários foram reajustados em 05.02.88, consideram os devedores exorbitantes os cálculos.

3. Por isso, e dispondo-se eles a pagar, apenas, as parcelas que considerarem devidas, a partir da era da liberação dos recursos, com a correspondente correção monetária *pro rata tempore*, recorreram a juízo.

II Do procedimento judicial

1. Contra o Badesul ajuizaram, então, os devedores ação cautelar inominada e, a seguir, ação declaratória, a fim de que, resguardados, prefacialmente, seus interesses, fosse definido o valor real da dívida, segundo sua pretensão antes sintetizada.

2. Citado o Badesul, arguiu, **preliminarmente**, a denúncia da lide, rogando a citação do BNDES e justificando, longamente, as razões desse proceder.

No **mérito**, sustentou a legalidade dos cálculos impugnados pelos autores, tendo presentes os termos claros e precisos do contrato, os quais, de forma alguma, justificariam a pretensão dos demandantes.

3. O magistrado, fazendo aplicação do art. 330, I, do CPC, em um só veredito, rejeitou a preliminar; e, passando ao mérito, acolheu, integralmente, o pedido dos autores.

4. Inconformado, apelou o Banco réu. Sem sucesso, porém, uma vez que o Egrégio Tribunal de Justiça, por sua 1ª Câmara Cível, em acórdão unânime de 29.11.88, confirmou o julgado de 1º grau.

III Da controvérsia jurídica

A) Considerações necessárias

1. Como já ficou esclarecido anteriormente, para instruir a consulta formulada, encaminharam os nobres consulentes xerocópias extraídas dos autos das ações também já referidas; e, posto já estejam encerradas, com o trânsito em julgado em segunda instância, as dúvidas suscitadas, provavelmente, visam à orientação para possíveis demandas outras e semelhantes a serem enfrentadas.

2. O presente parecer terá em conta, pois, e para os fins admitidos, os termos nos quais se limitou a lide, ou, mais precisamente, aqueles nos quais se confinou a controvérsia.

B) Da denunciação da lide

1. Para justificar a preliminar de denunciação da lide sustentada pelo Badesul, réu das ações propostas pelos autores, e tida por obrigatória, nos termos do art. 70, III, do CPC, invocou o suscitante diversas cláusulas do contrato de abertura de crédito, transcrevendo-as parcial ou totalmente, visando, assim, a mostrar o direito de regresso que delas decorrem contra o BNDES, a fim de ressarcir-se de eventual prejuízo.

2. A sentença, todavia, sem entrar em tal exame, rejeitou, *tout court*, a arguição, fundada, simplesmente, em tópico do ensinamento do eminente Ministro Sydney Sanches, sem indicar a respectiva fonte.

O acórdão manteve a rejeição, por fundamento diverso, ou seja, negando decorresse do contrato ou de lei qualquer direito de regresso invocado pelo réu.

3. Considero, com a **vênia devida**, que nenhum dos fundamentos aduzidos pelos julgados oferece a menor consistência.

Com efeito.

3.1. O da sentença, que o acórdão não encampou, como já foi adiantado, assentou no ensinamento do Ministro Sydney, transcrito pelo magistrado. Ela, a transcrição, é fiel, e, posto que sem qualquer indicação, localizei-a na festejada monografia **Denunciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro** (RT, 1984, p. 176, nº 9.27).

Convém notar, entretanto, que o tratadista, ao acentuar que descaberia a denunciação quando acarretasse o envolvimento de outro juízo, ressaltou as hipóteses nas quais se viesse atribuir **competência absoluta**, posto não a tivesse como tal a Justiça Federal.

Com todo o respeito, dissinto dessa última afirmação. A lição dos mestres é outra. A competência da Justiça Federal, como a da Eleitoral, a da Militar e a do Trabalho, é absoluta, compreendendo, cada uma delas, **jurisdição própria**.

É o expresso ensinamento do Mestre **Arruda Alvim**. Diz ele:

“A jurisdição da Justiça Federal é de **grau absoluto**, sendo improrrogável e, eventualmente, suscetível do uso da ação rescisória a sentença que desobedeça à mesma. Nesse sentido tem decidido o mais alto Tribunal. Em causa em que era parte Autarquia Federal, deu-se pela incompetência absoluta da Justiça Estadual.”

E indica vários julgados do Eg. Supremo no mesmo sentido (**Curso de Direito Processual Civil**, RT, p. 296-7).

3.2. A fundamentação do acórdão decorre toda ela em negar a possibilidade da ação de regresso do réu contra o denunciado da lide,

BNDES, a menos que decorresse dos termos do contrato, limitado entre autores e réu. Divergiu, no entanto, o r. aresto de outros do mesmo Tribunal, proferidos em situações idênticas ou pelo menos análogas. Permito-me indicar a que foi proferida pela 6ª Câmara Cível, em 01.11.88, no AI nº 588060699-POA, e do qual foi relator o eminente Desembargador Furtado Fabrício. Tribunais outros, em idênticas situações, assim também têm decidido (T. de Alçada do RS, AI nº 188.101.794, de POA, julgado pela 4ª Câm. Cível em 09.02.88; TJSC, 1ª Câm. Cív., MS nº 1.998, Capital, 14.02.88).

No caso, as cláusulas transcritas pelos autores e já mencionadas não autorizam conclusão diversa.

3.3. Não se nega que o denunciante é agente financeiro do BNDES e, como tal, é mero repassador dos recursos por ele fornecidos. Daí a estreita vinculação do repassado ao repassante, subordinado às instruções daquele, como expresso no contrato. Permito-me, todavia, para mais fácil convencimento, transcrever, apenas, a cláusula 17ª, que assim dispõe:

“Todos os pagamentos decorrentes da utilização dos recursos provenientes deste contrato poderão ser efetuados mediante débito na conta corrente que os Agentes Financeiros deverão manter no Banco, nos termos do inciso II da cláusula Décima Sexta deste Contrato.

Parágrafo único – Para efeito no disposto nesta cláusula, os Agentes Financeiros autorizam o Banco de forma irrevogável a debitar na aludida conta corrente todas as importâncias que a este forem devidas, a qualquer título, comprometendo-se ainda a prover os necessários suprimentos até a data de vencimento de cada obrigação ou, no máximo, até o dia 15 (quinze) do mesmo mês, ou, se for o caso, até o dia útil imediatamente anterior, sem que a tolerância do Banco, ora consignada, caracterize alteração das datas de vencimentos previstas nas cláusulas Décima, Parágrafos Primeiro e Terceiro, e Décima Quinta deste Contrato.”

Verifica-se, assim, sem a menor dificuldade, o direito de regresso do denunciante contra o denunciado, em caso de eventuais prejuízos que venha sofrer, os quais ficariam a cargo do último, já que cumpriu o primeiro, na execução do contrato, todas as ordens e instruções por ele expedidas, todas elas emergentes das disposições contratuais referidas.

Dessarte, imperativa a denunciação da lide, com segura base no art. 70, III, do CPC Acarreta ela, em verdade, uma nova ação, no mesmo processo, da qual se situa como autor o denunciante e como réu o denunciado.

O fundamento central desse instituto (denunciação da lide) é a economia processual, prevenindo possível ação regressiva a ser instaurada.

É certo que tudo dependerá do desfecho da causa principal. Julgada que seja improcedente, prejudicada restará a outra. Em caso contrário, do julgamento daquela decorrerá o direito do último. É o que se extrai do disposto no art. 76 do CPC.

Daí decorre que, embora não haja relação de direito material entre o autor da ação principal e o litisdenunciado, o exato é que tem ele interesse, ainda que virtual, na vitória do denunciante, a qual o libertará de qualquer reparação, o que vem de reforçar a maior amplitude a ser atribuída ao instituto em comentário, como o propugnam vários tratadistas (PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao CPC**, For. II, p. 187; J. J. CALMON DE PASSOS, *in* **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 23, p. 320 e segs., indicando julgados no mesmo sentido, e outros).

4. A circunstância de caber o julgamento das ações principal e secundária a juízos diversos não oferece, a meu ver, qualquer obstáculo.

Acolhida que seja a denunciação da lide, de cunho obrigatório, envolvendo o BNDES, o qual é Empresa Pública Federal, nos termos da Lei nº 5.662/71, é certo que a competência, **para ambas** as ações, passará a

ser da Justiça Federal, nos termos do art. 125, I, da Constituição de 1967, Emenda 1/69, e 109, I, da Constituição vigente, e para a qual devem ser remetidos os respectivos autos.

5. A esta altura, versados todos os temas alusivos à denunciação da lide, cabe responder aos quesitos formulados a respeito, passando a adotar a mesma ordem em que foram deduzidos.

B.a) Respostas às questões suscitadas

1. Quanto à 1ª, **sim**; cabe a denunciação à lide nas ações examinadas.

2. Quanto à 2ª, **sim**; importando a denunciação da lide a citação do BNDES, Empresa Pública Federal, a competência para apreciar as ações principal e secundária passa, necessariamente, para a Justiça Federal, nos termos do art. 125, I, da Constituição, Emenda 1/69, mantidos pela atual, art. 109, I.

3. Quanto à 3ª e às suas ampliações, o suposto indeferimento pelo juiz federal do feito a ele remetido pelo juiz de direito não tem qualquer amparo legal, uma vez que já foi alcançado pela preclusão a decisão do último. Caberia, então, àquele ou aceitar a competência, ou suscitar o respectivo conflito. Dispondo-se ele a devolver os autos, cabe à parte levantar o Conflito de Jurisdição perante o Eg. TFR, art. 122, I, e, da Constituição, Emenda 1/69, ou 105, I, d, da vigente. Assim decidiu o Eg. STF, em sessão plenária de 22.05.86, ao apreciar o CJ nº 6.409, de Sergipe (RTJ, 122/15-8).

4. Quanto à 4ª, a resposta é a mesma da anterior. Se a denunciação da lide foi reconhecida, na via do agravo, pelo Tribunal Estadual, a consequência, como no caso anterior, será a remessa dos autos ao juiz federal. Caso venha ele a adotar o mesmo procedimento da hipótese anterior, a solução seria ainda a mesma, Conflito de Jurisdição. A diferença única seria a competência para dirimi-lo. Antes, do STF (Constituição, Emenda 1/69, art. 119, I) e, agora, do STJ (Constituição vigente, art. 105, I, d).

C) Quanto ao mérito

1. Para acolher o pedido dos autores, no pertinente à redução das parcelas devidas ao réu, limitou-se a sentença a invocar, como única razão de decidir, a **injustiça** que se originaria com o cumprimento do contrato, em sua literalidade, operando, então, sob o pálio do princípio da **equidade**.

O acórdão proferido, na via da apelação, posto que mantendo o julgado de primeiro grau, acrescentou fundamentos outros.

Não se limitou a decidir alicerçado, apenas, na equidade; reconheceu, outrossim, que a pretensão do réu, em ver cumprido o contrato, tal como foi avençado, importaria atribuir validade à **cláusula leonina**, e, ademais, sua execução acarretaria o **enriquecimento ilícito** em favor do demandado.

Repetiu, assim, o julgado, fundamentação na qual se arrimara a mesma 1ª Câmara Cível, ao julgar, em 14.05.88, a Apelação nº 528020010-7, idêntica controvérsia. Por isso, transcreveu o eminente Relator o voto que proferiu então.

2. Considero, com a vênua devida, que não estiveram bem inspirados os doutos julgadores.

Com efeito.

Nenhum dos decisórios indicou ou sequer insinuou qualquer vício que pudesse invalidar o contrato de abertura de crédito que examinou e, bem assim, qualquer de suas cláusulas, como se faria mister, a teor do que dispõem os arts. 145 e 147, e seus incisos, do C. Civil. Antes, operaram

ambos os julgados com elas, cláusulas, mas não lhes deram cumprimento pela simples motivação antes mencionada.

Aplicaram, todavia, ainda que sem o mencionar, a doutrina sustentada por Helmut Going, em sua obra **Fundamentos de Filosofia del Derecho**, trad. de J. MOURI, Ed. Ariel, 1961.

Diz o filósofo em expressiva passagem, já vertida para o português (p. 126): “O juiz tem que decidir com justiça, inclusive contra o direito positivo” (Apud PLAUTO F. DE AZEVEDO, **Justiça distributiva e aplicação do Direito**, Ed. S. A. Fabris, 1983, p. 122).

2.1. Sucede que, entre nós, tal doutrina é expressamente vedada, e, note-se, por disposição constitucional, inserta no elenco dos direitos e garantias individuais. É o que se lê nas três últimas Constituições (de 1946, art. 141, § 2º; de 1967, Emenda 1/69, art. 153, § 2º; e de 1988, art. 5º, II).

É pacífico que o juiz dispõe do poder de interpretar cláusulas contratuais, buscando, no seu exame, o sentido real da vontade manifestada pelos contratantes. É o que decorre das disposições do art. 85 do C. Civil. E, nesse mister, soberanas são as instâncias ordinárias, segundo verbete 454 da Súmula do STF.

O que não lhe é facultado é negar-lhes cumprimento, atentando, assim, contra o que, livre e conscientemente, avençaram os contratantes.

2.2. É por demais sabido que o contrato é lei entre os contratantes; lei tão válida para eles como aquela que emana do poder constitucional competente.

Tal afirmativa decorre do alto sentido que merece ser emprestado ao art. 82 do C. Civil, *pacta sunt servanda*.

E, se o contrato, nas condições comentadas, como **ato jurídico perfeito** que é, pela ausência de vícios que o pudessem invalidar, sequer pode ser prejudicado pela própria lei, menos, evidentemente, pela vontade unilateral de qualquer das partes ou pelo próprio juiz. É o que tem assegurado as nossas Constituições (de 1946, art. 141, § 3º; de 1967, Em. 1/69, art. 153, § 3º; e de 1988, art. 5º, XXXVI). Nesse sentido decidiu o STF (RTJ, 122/1059-63).

2.3. A propósito, acentuou, no RE 93.701-MG, em 24.09.85, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em tópico de expressivo julgado, transcrito por **Teotônio Negrão**, em seu **Cód. de Proc. Civ.**, RT, 18. ed., 1988, p. 104, nota 1, referente ao art. 126, *verbis*:

“Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério.” (R.B.D.P., 50/159)

E reiterou a Egrégia Corte, acentuando, ao julgar o RE 95.836-RS, *verbis*:

“(…) O dever primordial do juiz é aplicar a lei, e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça.

A lei diz o que é certo, e, como observou o filósofo, é muito mais sábia que o intérprete, pois traduz uma experiência multissecular, um princípio ético que não pode ser ignorado.

Ao legislador é que cumpre alterar a lei, revogá-la, não o juiz que tem o dever de aplicá-la.” (RTJ, 103, p. 1262, 2ª coluna)

Nesse sentido, também, a doutrina: Saint-Albin, *in Logique Judiciaire*, 2. ed., Joubert Éditeur, Paris, 1841, p. 117-120; Bernardo Windscheid, *in Diritto Delle Pandette*, tradução italiana, UTET, 1925, v. 1º, p. 65-8, § 21.

3. *In casu*, o ponto central da controvérsia, no que pertine ao mérito, fixou-se no cálculo da correção monetária da dívida.

Assenta na regra que a disciplina, predominantemente, na parte do contrato subordinada ao título "**forma de pagamento**", ali inserida em destaque, e, mais especialmente, no subtítulo "**reajustamento monetário**". Consigna o último, textualmente:

"a) Do Valor do Crédito – O valor do crédito será reajustado segundo o índice de variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, incidente sobre a parcela do crédito não utilizada, correspondente ao valor do crédito, em 02/12 a 9.300 OTN, considerando o valor unitário de Cz\$ 106,40 (cento e seis cruzados e quarenta centavos), por OTN; b) o valor da dívida ou saldo devedor (vencido ou vincendo) será reajustado segundo o índice de variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, de acordo com o Decreto-Lei nº 2.284, de 10.03.1986, e Decreto-Lei nº 2.290, de 21.11.1986. À falta dos coeficientes de atualização do valor das aludidas obrigações, a dívida ou o saldo devedor ficará sujeito ao reajuste monetário, efetuado mensalmente aos dias dez (10), segundo o critério que vier a ser estabelecido para o reajuste do saldo credor do Fundo de Participação (PIS/Pasep) ou, à sua falta, nesta ordem, segundo o Índice Geral de Preços (conceito de disponibilidade interna), calculado pela Fundação Getúlio Vargas, ou entidade que a venha substituir, ou índices similares que preservem o valor real da moeda fixado pelo Conselho Monetário Nacional."

3.1. É fato certo que não houve, de parte dos devedores, ao menos que arguissem, a menor dúvida a respeito da cláusula transcrita, do seu sentido e real alcance.

Daí de sua temeridade ao se valerem da ação declaratória para pleitear seus supostos direitos à redução do débito, fora, evidentemente, da órbita do art. 4º, seus incisos e parágrafo, do CPC, segundo exegese que se lhe tem atribuído.

Mas o tema, no particular, refoge ao campo da consulta, não havendo por que dele tratar.

3.2. Nem caberia mesmo invocar qualquer imprecisão sobre o entendimento da citada cláusula, tal a clareza com que foi redigida, procurando dilucidar, com detalhes e minúcias, as hipóteses que poderiam ocorrer no levantamento dos cálculos que se tornassem necessários, em face da desvalorização da moeda.

Dela, da cláusula, brota o **critério** que adotou para aferir a correção monetária, todo ele emergente dos preceitos legais e regulamentares que disciplinavam, ao tempo, a matéria.

E foi, precisamente, contra o **critério** em questão que se rebelaram os devedores, logrando sucesso em ambas as instâncias.

3.3. Veja-se.

São expressões do acórdão, depois de transcrever o disposto no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.284/85:

"Assim, o primeiro reajuste operado na OTN, de 70,7%, correspondia à inflação de doze meses, e não de um mês para outro, o que demonstra a **injustiça** da aplicação de tal percentual inflacionário para os dois primeiros dias seguintes ao recolhimento da quantia efetuada pela apelada. No sentido de alcançar a mais razoável **equidade** e evitar **locupletamento indevido** em obediência a princípio geral de direito que se extrai do ordenamento jurídico, o reajuste do primeiro mês deve obedecer a **outro critério**.

Não altera o posicionamento jurídico a circunstância de, no caso em julgamento, não serem dois dias e, sim, trinta e três dias, porque, mesmo

assim, o espectro de **locupletamento sem causa** está presente. Identicamente, sem relevância ter sido o reajuste monetário expressamente clausulado (fl. 19v do Apenso), porque se trata de **cláusula leonina**, como se pretende seja interpretada." (Os grifos são nossos)

4. Buscou o acórdão, como se apura de seu próprio texto, no tópico transcrito, alterar o critério do cálculo referente à correção monetária, expressamente convenicionado no contrato, fundando-se, para tanto, no instituto da **equidade**.

4.1. Sucede que somente poderia fazê-lo, com tal fundamento, nos casos previstos em lei. É o que, positivamente, dispõe o art. 127 do CPC, a exemplo das hipóteses previstas nos arts. 1.109 e 1.075, IV, do mesmo Código, ou no art. 16 do Dec. 24.150/34; ou, ainda, na do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.649/69.

Todavia, não indicou o acórdão de que norma legislativa se valeu para, servindo-se da equidade, solver o litígio. Nem poderia fazê-lo, já que inexistente qualquer preceito legal pertinente ao caso.

A propósito, ensinava o mestre **Maximiliano**, invocando os melhores tratadistas, em sua clássica **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, For., 9. ed., 1979, p. 353, nº 436, XXI, referindo-se às cláusulas contratuais, *verbis*: "Onde a intenção se não descobre, nítida, precisa, em um ato revestido dos requisitos legais, orienta-se o magistrado pela **equidade** e pelo interesse social."

Sem qualquer pertinência, pois, ante a perfeita compreensão da cláusula em comentário, a invocação da equidade como fundamento do decisório.

4.2. Conjugada à equidade, arrolou o acórdão que o cumprimento da cláusula originária o **locupletamento indevido ou ilícito** do credor.

Entretanto, para reconhecê-lo, mister se faria a indicação de fatos ou circunstâncias que evidenciassem o enriquecimento do credor em prejuízo do devedor que, então, sofreria desfalque em seu patrimônio.

Sucede que tal prova não foi indicada pelo julgado, nem consta mesmo que tivesse sido esboçada.

O critério corretivo das prestações, aceito pelos devedores, emergiu de livre acordo dos contratantes; e, ademais, decorreu de cláusulas e condições de perfeita e clara compreensão, todas elas assentes em leis que nomearam, todas elas integrando o Plano Econômico do Governo, de aplicação geral e cogente a toda a Nação.

Sujeitos estavam os contratos que inserem tais cláusulas à disciplina específica, integrando o chamado "Plano de Operações Conjuntas" – POC, expresso nas avenças. Apresentam eles, os contratos, certa afinidade com aqueles versados na Representação 1.288 do DF, apreciada pelo STF, em sessão plenária de 01.10.86 (RTJ, 119/548-85).

Em seus fundamentos é de haurir-se inspiração para uma melhor compreensão no pertinente à execução das cláusulas aqui versadas, e, note-se, em desfavor dos devedores.

A respeito, conclui Mohamad El-Gammal, em preciosa monografia prefaciada pelo Mestre André Tunc, *verbis*:

"Le contenu du contrat est donc un élément de sa constitution. Un contrat constitue un 'bloc de clauses indivisibles' qu'on ne peut apprécier qu'à la lumière de la législation sous laquelle il a été passé." (In L'Adaptation du Contrat aux Circonstances Économiques, L. G. D. J., Paris, 1967, p. 278, nº 492, § 2)

Assinale-se, por fim, que o capital emprestado aos devedores, sob forma de financiamento, provém, todo ele, originariamente, do BNDES, o qual, como empresa pública que é, está compreendido nos próprios fundos da

União Federal; e, aos mesmos devedores, ou a outros, em iguais condições, deve voltar para novos financiamentos, corrigidos sempre os respectivos valores, os quais serão atualizados pela correção monetária e segundo os índices previstos em leis ditadas pelo próprio Plano, sem qualquer propósito de lucro.

4.3. Por fim, acenou o acórdão, para justificar o não cumprimento da cláusula em comentário, que leonina era ela.

Ainda aqui o julgado operou sem qualquer fundamento jurídico.

Leonina seria ela se equiparada àquelas previstas nos arts. 288 do C. Com. e 1.372 do C.Civ. (CARVALHO SANTOS, **Cód. Civ. Bras. Int.**, XIX, p. 33).

Inobstante, nenhuma afinidade ocorre entre o que estatuiu a cláusula em consideração e as situações enfocadas nos artigos mencionados.

5. Reconheço, e não poderia deixar de fazê-lo, que os contratos de longo prazo para sua execução, com prestações sucessivas em dinheiro, nem sempre se fazem de forma absoluta e inelutável, tal como pactuaram as partes.

E, embora sem assento em lei, fruto exclusivo da criação pretoriana, a começar nos idos de 1914/18, com a manifestação do Conselho de Estado da França, aperfeiçoaram, os Tribunais, o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, fazendo sua aplicação aos referidos contratos, verificadas as circunstâncias especiais. Não posso deixar de indicar dois dos expressivos julgamentos a respeito, do Eg. STF, proferidos nos RE 62.933 e RE 64.079, de SP e Guanabara, respectivamente, *in* RTJ, 44/341-50 e 46/131-5.

Tais circunstâncias, referidas nos julgados e aceita pelos autores, especificadas em bem deduzido artigo de doutrina inserto na RF, 297/116, 1ª coluna, longe estão de ocorrer no caso. A correção monetária, constante de cláusula expressa, defluiu da inflação, de notório conhecimento, ainda mesmo com o aspecto galopante em que se teria verificado. Surpresa, pois, não poderia ter ocorrido aos devedores que aceitaram sua forma de reajustar as prestações devidas. De tal critério não tinham, pois, como se rebelar.

Mas nem da cláusula em referência, nem fundada na teoria da imprevisão, a qual o Eg. STF distingue daquela (R. For., 77/79, e DJ 25.03.1950, p. 1.019), cuidaram os julgados em cogitação, razão por que dispensável quaisquer outras considerações.

6. A esta altura, longamente esclarecidas as dúvidas, cabe responder às questões propostas.

C.a) Respostas às questões suscitadas

1. Quanto à 1ª, a correção monetária deve ser cobrada **integralmente**.

2. Quanto à 2ª, a exata interpretação para exigir a correção monetária, **integralmente**, deflui da cláusula a ela pertinente, em conjugação com os preceitos legais nela indicados e disposições normativas complementares, referidas em cláusulas outras.

IV Dos Recursos Extraordinário e Especial

1. O julgamento que originou o acórdão, objeto da consulta, foi proferido em 29.11.1988.

A essa data, já vigorava a Constituição de 05 de outubro, a qual, como é sabido, passaria a incidir sobre o decisório em questão, regulando os recursos que, porventura, contra ele se pretendesse interpor.

2. Sucede que o citado Estatuto alterou a sistemática de tais recursos.

A par do **recurso extraordinário**, de competência privativa do STF, resultou, agora, limitado aos três primeiros casos previstos na Constituição anterior (art. 119, III, letras *a*, *b* e *c*), segundo o disposto em seu art. 102, III, letras *a*, *b* e *c*; e, instituindo, dita Constituição, um novo Tribunal, o qual denominou Superior Tribunal de Justiça, atribuiu-lhe competência exclusiva para o julgamento, por meio de recurso que definiu como **especial**, dos restantes casos da ordem constitucional primitiva, hoje constantes do art. 105, III, letras *a*, *b* e *c*.

3. Todavia, a aplicação daquelas novas disposições, que seria imediata, como antes ficou afirmado, resultou, temporariamente, suspensa pela própria Constituição.

Determinou ela, no Ato de suas Disposições Transitórias (art. 27, § 1º), *verbis*:

“Art. 27 – O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º – Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.”

4. Ao que consta, o STJ foi instalado em 07.04.1989.

Em tais condições, ao caso, o recurso cabível contra o decisório em comentário continuaria a ser regulado pela ordem constitucional primitiva, como se inexistente a atual.

5. Em outras palavras, o recurso em questão será apenas o extraordinário, subordinado às disposições da Constituição de 1967, Emenda 1/69 (art. 119, III, e suas alíneas), bem como as do R.I. do STF (arts. 325/329).

6. Considero, tendo em vista os termos do acórdão, no que se relaciona ao mérito, que, sem o dizer, isto é, sem ter tornado expresso, contrariou ele o art. 153, §§ 2º e 3º, este com referência ao “ato jurídico perfeito”, da Constituição de 1967, Em. 1/69, e pelos motivos já deduzidos.

Certo que a matéria não ficou prequestionada, mas, por vezes, tem decidido o Eg. STF que, para tais hipóteses, não incide a Súmula, verbete 282 (RTJ, 58/495-8).

Ademais, caberia, ainda, aquele remédio, acaso tivesse sido prequestionado, e com base na letra *a* do permissivo constitucional, por haver o acórdão denegado vigência ao art. 127 do CPC aplicando o princípio da **equidade** fora das hipóteses ali precisadas. O recurso, inobstante, somente mereceria ser acolhido, aqui, conjugado com “arguição de relevância” daquela questão federal, invocando-se para tanto seus reflexos na ordem jurídica, em face da reiteração de demandas, focando a mesma questão, e repercutindo, outrossim, na própria ordem econômica, pelas questões que abarca, tudo em conformidade do que dispõe o R.I. do STF (art. 327, § 1º).

7. No referente à **preliminar**, ou seja, a **denúncia da lide**, admito que o acórdão proporcionava, também, a interposição do recurso extraordinário, ao qual, igualmente, impedia ser conjugado com arguição de relevância da questão federal.

É que, no ponto, tal arguição se impunha, já que não incorreu ele, o acórdão, em afronta à Constituição, bem como não se situa entre as hipóteses ressalvadas nos incisos I a X do art. 325 do referido Regimento.

De fato, o julgado, além de haver denegado vigência ao art. 70, III, do CPC, divergiu de acórdãos de outros tribunais, inclusive do de Alçada do RS, indicado este na exposição anterior. Justifica-se, pois, o seu cabimento com base nas letras *a* e *d* do art. 119, III, da invocada Carta.

Na última das hipóteses recursais, a respectiva petição há que atender às exigências da Súmula 291, integrando, então, o já mencionado Regimento, art. 322.

8. Embora a consulta, como se fez expressa, tivesse presente o caso que escolheu, todavia, visa, também, a obter esclarecimentos a respeito de demandas futuras, posto que sobre a mesma equação jurídica.

9. Com a instalação do STJ, desapareceu o período da *vacatio legis* a que se refere o art. 27, § 1º, do A.D.C.T.

Passou a incidir, assim, em sua plenitude, a disciplina constitucional vigente, no pertinente às irresignações derradeiras.

E houve, a respeito, sensível alteração, como se esclareceu antes. O recurso extraordinário foi desdobrado, reservando para o especial parte que compreendia. Extinta ficou a hipótese de "arguição de relevância", também já versada. Mas, em compensação, findaram-se as restrições impostas às referidas irresignações, por disposições do R.I. do STF. Ditas limitações já não existem para o recurso, agora com o nome de **especial**. E, inexistindo a franquia instituída pelo art. 119, § 1º, da Constituição, Em. 1/69, e ampliada pela Em. 7/77, já não podem ditas restrições ser revigoradas em normas regimentais.

10. Dessarte, se o julgamento que ensejou o acórdão considerado datasse de era posterior a 07.04.89, comportaria ele dois recursos. Um, extraordinário, o outro, especial. Aquele, limitado às questões constitucionais; o último, circunscrito às leis federais, tais como foram anteriormente versadas, posto que num só e único recurso, o extraordinário.

11. É de notar que inexistente lei regulando o processamento do recurso especial. Ao que consta, tramita perante o Congresso Nacional Projeto de iniciativa do extinto TFR.

Penso, porém, que a omissão não poderá obstar o uso do recurso. Há precedentes abrindo caminhos. Instituído o mandado de segurança no elenco das garantias individuais previstas pela Constituição de 1934 (art. 113, § 33), foi aplicado, desde logo, servindo-se da processualística do *habeas corpus*, seu irmão gêmeo.

Assim, o recurso especial há de servir-se das disposições processuais existentes de seu símile, o recurso extraordinário.

12. A interposição do recurso extraordinário e do especial considero deva ser feita em petições distintas, mas no mesmo prazo, uma vez que cada um deles será apreciado por Colegiado diferente.

Inadmitido um, não há de prejudicar o andamento do outro. E, atacado aquele por via de agravo de instrumento, seguem ambos, autonomamente, aos Tribunais competentes. Acaso provido o agravo, decidirá o Relator sobre sua repercussão sobre o processo originário.

Admitidos ambos os recursos, e, como o processo é um só, a ser apreciado nos autos originais, abre-se a dúvida para qual das Cortes é de ser enviado para o julgamento que lhe compete.

Embora possa haver soluções outras, parece-me que os autos devam ser remetidos ao STJ, a fim de, por meio do recurso especial, apreciar a matéria **infraconstitucional**, ou seja, a referente à legislação ordinária federal. Após, necessariamente, transitarão os mesmos autos para o STF, ao qual compete o exame das questões constitucionais, acaso não prejudicadas com o julgamento anterior. Essa foi a orientação tomada pela Corte Suprema ao apreciar hipótese semelhante no RE 111.609-9-AM, *in* DJ de 05.05.89, Seção I, p. 7.163, 1ª coluna.

Outra, porém, foi a proposta pelo Projeto de Lei encaminhado pelo extinto TFR, já referido, constante de artigo autônomo. Sua redação é a seguinte:

“Se a decisão recorrida contiver controvérsia constitucional e de direito comum, a parte na petição de interposição de recurso especial, para que não preclua a matéria constitucional, protestará pela apresentação de recurso extraordinário, se for o caso, após o julgamento do recurso especial.”

Diversa, entretanto, a proposta constante do Anteprojeto de Constituição, elaborada pela chamada "Comissão dos Notáveis" e inserta no parágrafo único do art. 281, concebida nestes termos:

“Se, contra o mesmo acórdão, forem interpostos recurso especial e recurso extraordinário, o julgamento deste aguardará a decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, sempre que esta puder prejudicar o recurso extraordinário.”

Afina a última com a primeira das soluções.

13. E, para finalizar, seguem-se as respostas ao questionário proposto.

D.a) Respostas às questões propostas

1. Quanto à 1ª, **sim**, cabe recurso extraordinário e também o especial, caso o julgamento recorrido se tenha operado após 07.04.89.

2. Quanto à 2ª, provavelmente, tendo em conta, especialmente, a parte recursal alusiva à preliminar, denúncia da lide, o que, acaso provido, prejudicará o restante da irresignação.

3. Quanto à 3ª, os principais argumentos que sustentariam os recursos são aqueles já amplamente deduzidos no curso deste parecer, tanto no pertinente à preliminar quanto ao próprio mérito.

É o parecer.

Porto Alegre, 07 de junho de 1989.

Notas

1. Parecer lavrado em 07.06.1989.

2. Em 2011, comemora-se o centenário de nascimento do Min. Carlos Thompson Flores, falecido em 2001.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

FLORES, Carlos Thompson. *Parecer: Contrato de financiamento. BNDES. Denúnciação à lide. Justiça Federal. Revisão judicial do contrato. Teoria da imprevisão. Limites. Doutrina e jurisprudência. Princípio da legalidade. Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 43, ago. 2011. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao043/carlos_flores2.html >

Acesso em: 08 set. 2011.